



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

RESOLUCIÓN No. 255 DE 2016

(26 DIC. 2016)

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994, y en desarrollo de los decretos 1524 y 2253 de 1994,

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión a las entidades sometidas a su regulación, estas estarán sujetas a una contribución que se liquidará y pagará cada año conforme a las reglas establecidas, en el numeral 2 y el parágrafo 2 de esta misma disposición;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- tiene a su cargo la liquidación del monto de la contribución que se aplica a cada una de las entidades sujetas a su regulación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y en los Artículos 20 y 21 del Decreto 2461 de 1999, para los subsectores de energía eléctrica y de gas combustible, cuya tarifa máxima no puede ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento de la entidad contribuyente, con exclusión de los factores señalados en las Leyes 142 y 143 de 1994;

Que mediante resolución CREG-188 DE 2016 se señala la contribución que debe pagar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- cada una de las entidades reguladas por el año 2016.

Que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P. fue notificada de manera oportuna del contenido de la resolución CREG-188 de 2016.

Que encontrándose dentro del término legal, mediante escrito presentado en la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- bajo radicado número E-2016-013916 del diecinueve (19) de diciembre de 2016., el Gerente General de la empresa EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., presentó recurso de reposición contra la resolución CREG-188 de 2016.

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

Que mediante la presente resolución, se procede a resolver este recurso en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, con base en las siguientes consideraciones:

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. PROCEDENCIA DEL RECURSO

El recurrente presentó el recurso de reposición contra el artículo 1 de la resolución CREG-188 de 2016, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-, por medio de la cual se señala la contribución que debe pagar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG- cada una de las entidades reguladas por el año 2016.

El recurso fue interpuesto dentro del término legal, esto es, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, de acuerdo con el plazo establecido en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es así que, al dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se admite este recurso, por lo que se procede a resolver de fondo y pronunciarse respecto de las inconformidades planteadas por el recurrente, motivando los aspectos de hecho y de derecho que la sustentan.

2. RAZONES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Los fundamentos del recurrente se exponen a continuación:

Argumenta el recurrente que:

“Señala la Constitución Política de Colombia en su Artículo 370 que corresponde al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos.

En desarrollo de la disposición de rango constitucional anteriormente mencionada, se expidió la Ley 142 de 1994 dentro de la cual se creó como unidad administrativa especial, la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, según lo establecido en el Artículo 69 de la citada ley.

Con el fin recuperar los costos del servicio de regulación prestado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, se dotó a esa entidad de una fuente de recursos denominada “contribución especial”. Esta contribución especial encuentra su definición legal en el Artículo 85 de la Ley 142 de 1994 que señala:

“Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

"85.1.- Para definir los costes de los servicios que presten las comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo.

"85.2.- La Superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que enseguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual.

"La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

(...)

Parágrafo 1 o. Las Comisiones y la Superintendencia se financiarán exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las Comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

Parágrafo 2o. al fijar las contribuciones especiales se eliminaran de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia"

II. CONSIDERACIONES DE LA CREG

De acuerdo con los argumentos del recurrente, estos se circunscriben a un aspecto fundamental:

Como consecuencia de lo anterior, que se modifique la liquidación de la contribución objeto del recurso, excluyendo de la base gravable los siguientes valores correspondientes a las cuentas del Grupo '53 "Provisiones, Amortizaciones y Depreciaciones" asociados al servicio de gas natural, y a los activos sociales relacionados con los servicios de energía y gas, de conformidad con lo expuesto en este texto, así:

VALORES A EXCLUIR DE LA BASE GRAVABLE:	ENERGIA	GAS	TOTAL
511167 Activos Sociales			
53 Provisiones. depreciaciones y amortizaciones	68.170.318.959	3.039.971.144 4.718,764.972	71.210.290.103 4.718.764.972
Total Base	68.170.318.959	7.758.736,116	75.929.055,075

Para dilucidar el planteamiento del recurso de reposición, la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG efectuará un análisis acerca de los requisitos de la contribución.

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

La contribución que se liquidó en el acto administrativo recurrido, fue establecida por la Ley 142 de 1992 "*Ley de servicios públicos domiciliarios*" artículo 85, de acuerdo con los criterios del numeral 2 y parágrafo 2 de esta disposición, a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- y a cargo de las entidades sometidas a su regulación, con el fin de recuperar los costos de los servicios de regulación que presta la Entidad.

La contribución a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG-, constituye un tributo que como tal, es obligatorio para todas las sociedades sometidas a regulación. Esta obligación fiscal a cargo de las entidades reguladas tiene prevista una sanción moratoria en caso de retardo en su cancelación lo que denota su carácter coercitivo. Como se puede apreciar la contribución va dirigida a un sector específico, como lo son las entidades reguladas por la CREG y su recaudo tiene como destinación cubrir sus gastos de funcionamiento.

En este orden de ideas son sujetos pasivos de la contribución a favor de la CREG las entidades sometidas a su regulación control y vigilancia¹,

La Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG-, para llevar a cabo la contribución especial se fundamentó en la información del Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos -RUPS, encontrando que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., desarrolla actividades objeto de regulación.

De la misma forma, el artículo 21 de la Ley 143 de 1994 establece la forma como debe realizarse la liquidación de la contribución especial de las empresas reguladas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-

Igualmente es importante señalar lo siguiente:

Los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones y se pueden definir de la siguiente forma, de acuerdo con la Sentencia C-545 de 1994 con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz:

IMPUESTOS: Representan la obligación para el contribuyente de hacer un pago, sin que exista una retribución particular por parte del Estado.

TASAS: Tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación."

CONTRIBUCIONES: Todas las cargas fiscales al patrimonio particular, sustentadas en la potestad tributaria del Estado.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES: Es un pago por una inversión que beneficia a un grupo de personas.

¹ Artículo 85 Ley 142 de 1994

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

De acuerdo esta clasificación, las normas procedimentales del Estatuto Tributario Nacional son aplicables a los impuestos del orden nacional y a los impuestos de orden territorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 383 de 1997 para éste último. Es por esto, que el tributo a que hace referencia el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, no se clasifica como un impuesto del orden nacional y territorial, sino como una contribución especial, la cual, escapa a la aplicación de las normas procedimentales del Estatuto Tributario Nacional.

De acuerdo con la Teoría General del Acto Administrativo, este es la declaración de voluntad de una autoridad administrativa, proferida en la forma determinada por la ley o el reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho público, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir efectos jurídicos para la satisfacción de un interés administrativo y que contenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva.

Dentro de la clasificación de los actos administrativos pueden ser de carácter general o de carácter particular y concreto así:

Son actos administrativos de carácter general los que recaen sobre un grupo general o indeterminado de personas, o cuando el texto del Acto Administrativo no especifica a quien va dirigido.

Son Actos Administrativos de carácter particular y concreto los que recaen sobre un sujeto pasivo determinable, lo cual no significa que la administración únicamente deba hacer alusión a un solo individuo o persona, ya que puede recaer sobre 1 o más personas y conservar las características de un acto administrativo particular, por citar un ejemplo, esto puede suceder cuando se otorga una pensión a una persona, o cuando se les da a más de una persona.

Por lo tanto, siempre que los afectados por el acto estén nominalmente identificados, individualizados, el acto es particular independientemente del número de personas afectadas. Sobre éste punto el Honorable Consejo de Estado ha expuesto:

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: 'Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman'.²

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

El hecho de no expedir una resolución para cada una de las empresas, señalando el factor que se aplica y el valor de la contribución que deben pagar, no vicia de nulidad el acto administrativo, pues se trata de un acto administrativo expedido dentro de una misma actuación administrativa para todas las Entidades reguladas. Igualmente, este argumento no se encausa en la falsa motivación, ya que como se ha hecho referencia, no realiza un análisis de la realidad fáctica y jurídica del acto, con miras a establecer su veracidad, sino que se plantea un problema de valoración del cuerpo del acto, como de las formalidades para su expedición.

Por lo anterior, la CREG procedió a efectuar la liquidación de las contribuciones, teniendo en cuenta los siguientes fallos proferidos por el Consejo de Estado, que al respecto señalan:

- *Sentencia del 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, radicación número 11001-03-27-000-2007-00049-00 (16874), C.P. doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, a través de la cual se adoptó una definición jurisprudencial de lo que debe entenderse por gastos de funcionamiento, señalando que son aquellos que "...tienen que ver con la salida de recursos que de manera directa o indirecta se utilizan para ejecutar o cumplir las funciones propias de la actividad, que son equivalentes a los gastos operacionales u ordinarios, es decir los normalmente ejecutados dentro del objeto social principal del ente económico o, lo que es lo mismo, los gastos asociados al servicio sometido a regulación, de manera que deberán excluirse aquellas erogaciones que no estén relacionadas con la prestación del servicio público domiciliario".*
- *Sentencia del 17 de septiembre de 2014, Sección Cuarta, radicación número 25000-23-27-000-2012-00362-01 (20253), C.P. doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, que señaló entre otros aspectos, lo siguiente: "...no son gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, los descritos en las cuentas del grupo 75 - costos de producción (...) En ese orden de ideas, la inclusión de los costos de producción (grupo 75 del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios), dentro de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio regulado que hizo la Resolución SSPD 2011300008735 de 2011 es contraria al artículo 85 [85.2j] de la Ley 142 de 1994, dado que amplía la base gravable del tributo con erogaciones que (no) hacen parte de los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas".*

Igualmente la Ley 142 de 1994 en su artículo 85 establece que para efectos de la contribución especial se tomarán los estados financieros, con corte a 31 de diciembre del año anterior, reportados en oportunidad al SUI.

La Ley 1314 de 2009, establece el proceso de convergencia a normas internacionales de información financiera, que fue reglamentado para el Grupo 1 mediante el Decreto 2784 de 2012, estableciendo los requisitos para pertenecer a este grupo, así como el cronograma de aplicación de marco normativo internacional (NIIF PLENAS), el cual estableció como período de aplicación el año 2015, por lo tanto, los primeros estados financieros de la empresas clasificados en este grupo son con corte a 31 de diciembre de 2015,

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

como es el caso de la empresa EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P.

El Decreto 2784 de 2012 y 3024 de 2014, para el caso de Grupo 1 quedaron compilados en el Decreto 2420 de 2015. Por lo tanto, el carácter normativo y legal para calcular la contribución bajo el marco normativo internacional, lo establece la normativa anteriormente mencionada para estos fines.

Adicionalmente, es importante aclarar que la Ley 142 de 1994, no establece que la contribución especial este sujeto a un régimen financiero o contable, sino a los estados financieros vigentes.

En este sentido, en atención a que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado que los gastos objeto de contribución fijada mediante la Ley 142 deben ser gastos directamente relacionados con la prestación del servicio y teniendo en cuenta que los activos sociales no corresponden a gastos directamente relacionados con la prestación del servicio, procederá la CREG a excluir estos conceptos de la base gravable establecida en la Resolución 188 de 2016, correspondiente a la contribución especial año 2016, a cargo de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P, por los servicios públicos de energía y gas natural, el valor correspondiente a "ACTIVOS SOCIALES".

Así las cosas, y teniendo en cuenta que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., ya se había presentado comentarios, a la resolución los cuales fueron aceptados parcialmente la CREG tendrá en cuenta los siguientes valores:

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN		
	Sector Energía	Sector Gas Natural
Base Reportada	\$527,888,899,562.00	\$53,712,022,671.00
Impuestos	-99,550,478,244.00	-11,595,754,459.00
Provisiones y Amortizaciones	-58,025,279,797.00	-4,718,764,972.00
Activos Sociales	-65,130,347,815.00	-3,039,971,144.00
Base Final	\$305,182,793,706.00	\$34,357,532,096.00
Valor Contribución	\$2.531.033.500	\$284.944.122

En este orden de ideas, una vez efectuada la exclusión solicitada la base gravable de contribución para las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., por el sector de energía corresponde al valor de TRESCIENTOS CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$305.182.793.706.00) el valor correspondiente a pagar por concepto de contribución sector energía asciende a la suma de DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$2.531.033.500.00) y por el sector de gas natural corresponde al valor de TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$34.357.532.096.00) el valor correspondiente a pagar por concepto de contribución sector gas natural asciende a la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTIDOS PESOS M/CTE (\$284.944.122.00).

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión 754 del 26 de diciembre de 2016, aprobó expedir la presente resolución.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. MODIFICAR, El artículo primero de la resolución CREG-188 de 2016, en la cual se señala la base gravable y el valor a pagar por las EMPRESAS

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Parágrafo: En consecuencia de lo anterior, el valor a pagar y la base gravable por parte de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., corresponde a la suma de TRESCIENTOS CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$305.182.793.706.00) el valor correspondiente a pagar por concepto de contribución sector energía asciende a la suma de DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$2.531.033.500.00) y por el sector de gas natural corresponde al valor de TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$34.357.532.096.00), y el valor correspondiente a pagar por concepto de contribución sector gas natural asciende a la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTIDOS PESOS M/CTE (\$284.944.122.00), para un total a cargo de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., de DOS MIL OCHOCIENTOS QUINCE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$.2.815.977.692.00) M/CTE.


ARTÍCULO 2. INFORMAR, a quien corresponda el contenido de la presente resolución para que efectué los ajustes contables necesarios y se emita el respectivo paz y salvo de la resolución 188 de 2016 con destino al recurrente.

ARTÍCULO 3. NOTIFICAR al representante legal de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN EPM S.A. E.S.P., el contenido de la presente resolución, conforme con lo establecido en los artículos 67 y ss del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 4. Contra la presente resolución no procede recurso alguno, quedando por lo tanto agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a 26 DIC. 2016


RUTTY PAOLA ORTIZ JARA
Delegada del Ministro de Minas y Energía
Viceministra de Energía
Presidente


GERMAN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo